



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2011

Max Imboden - Aufbruch in die Zukunft

Kley, Andreas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-53307>
Book Section

Originally published at:

Kley, Andreas (2011). Max Imboden - Aufbruch in die Zukunft. In: Caroni, Martina; et al. Auf der Scholle und in lichten Höhen: Verwaltungsrecht - Staatsrecht - Rechtsetzungslehre: Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag. Zürich/Baden-Baden: Dike/Nomos, 117-134.

Sonderdruck aus:

Auf der Scholle und in lichten Höhen

Verwaltungsrecht–Staatsrecht–Rechtsetzungslehre

Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Martina Caroni
Sebastian Heselhaus
Klaus Mathis
Roland Norer



DIKE

Zürich / St. Gallen 2010

Max Imboden – Aufbruch in die Zukunft

ANDREAS KLEY*

PAUL RICHLI hat sich für die wissenschaftliche Bearbeitung des öffentlichen Rechts sehr verdient gemacht. Er steht in einer Tradition von Staats- und Verwaltungsrechtslehrern, die Bedeutes zum Aufbau des Verwaltungsrechts beigetragen haben. Eine andere solche Persönlichkeit ist der 1969 im Alter von 54 Jahren verstorbene MAX IMBODEN. Er war wie PAUL RICHLI an der Universität Basel (Vizerektor) in leitender Stellung tätig (Rektor). IMBODEN hatte die mehrfach aufgelegte „Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung“ begründet und als Experte des Bundes das Vorhaben mitgetragen, die Verwaltungsgerichtsbarkeit nach dem System der Generalklausel einzuführen. MAX IMBODEN half nach der Mirage-Affäre von 1964 das Verfahren der Totalrevision der Bundesverfassung in Gang zu setzen. Er hatte schon Ende der 1950er Jahre die Vision einer erneuerten Bundesverfassung. Sein weiter geistiger Horizont wird durch eine von C. G. JUNG inspirierte Staatslehre belegt.

I. Herkunft und Ausbildung.....	118
II. Erneuerung des Verwaltungsrechts.....	120
III. Publius und die Bundesverfassung – wie sie sein könnte	126
IV. C. G. Jung im Staatsrecht	132

I. Herkunft und Ausbildung

Bundesrat HANS PETER TSCHUDI würdigte an der Trauerfeier vom 11. April 1969 in der Martinskirche zu Basel den am 7. April verstorbenen MAX IMBODEN. TSCHUDI hob IMBODENS Leistungen als Professor und Wissenschaftler, als Grossrat, Verwaltungsrichter, Verfassungsrat (des wiedervereinigten Kantons Basel), als Nationalrat und Präsident des Wissenschaftsrates hervor. IMBODEN habe mehr vollbracht, als „den meisten Menschen in sieben oder acht Jahrzehnten zu leisten gegeben“ sei:

„Die Lösung des Rätsels lag in einer erstaunlichen Arbeitskraft, in einem fast einmaligen Arbeitstempo, in einer schöpferischen Phantasie und einer beneidenswerten Formulierungsgabe. Noch entscheidender waren aber die Vorzüge seines Charakters, besonders die musterhafte Dienstbereitschaft und eine ansteckende Begeisterung für die Aufgaben der Allgemeinheit.“¹

MAX IMBODEN, ein Schüler von ZACCARIA GIACOMETTI, galt als ungewöhnlich kreativer Staats- und Verwaltungsrechtslehrer. Er verfolgte verschiedene Anliegen hartnäckig, so den Ausbau der Verwaltungsrechtspflege und eine neue Fundierung des Verwaltungsrechts, die Universitäts- und Wissenschaftspolitik sowie die Totalrevision der Bundesverfassung. IMBODEN beschäftigte sich auch mit grundlegenden staatsphilosophischen Fragen, so etwa mit dem Verhältnis von Staatsrecht und Tiefenpsychologie.

Der 1915 geborene IMBODEN wuchs in St. Gallen auf. Sein Vater war der Psychiater Dr. KARL IMBODEN (1880-1941) und seine Mutter, Dr. FRIDA IMBODEN-KAISER (1877-1962), war Kinderärztin und eine eigentliche Pionierin auf dem Gebiet der Sozialmedizin zugunsten von Mutter und Kind. Sie war ferner Mitgründerin des Säuglingsheims St. Gallen, das sich zum Kinderspital entwickelte.² Der Vater von FRIDA IMBODEN-KAISER, der Solothurner ADOLF KAISER (1836-1913), unterrichtete in St. Gallen als Kantonsschulprofessor Physik und Chemie und wurde später St. Galler Regierungsrat. Er war der Bruder von Nationalrat SIMON KAISER (1828-1898), der bedeutende Schriften zum Staatsrecht und zur Verfassungsgeschichte verfasste.³

MAX IMBODEN betätigte sich früh im Rahmen der jungliberalen Bewegung. Im Alter von 22 Jahren verfasste er für das freisinnige St. Galler Tagblatt den Leitartikel zum 1. August

* Ich bedanke mich bei Frau REGULA IMBODEN für die erteilten wertvollen Auskünfte.

¹ Ansprache von Herrn Bundesrat Prof. Dr. H. P. TSCHUDI, in: Prof. Dr. Max Imboden, 19. Juni 1915-7. April 1969, Texte der Trauerfeier vom 11. April 1969 in der Martinskirche zu Basel, Basel, o.J. (1969), S. 9 ff., S. 12.

² FRIDA IMBODEN-KAISER, Aus Lebenserfahrung und Erinnerung, St. Gallen 1958, S. 3 ff., über ihre Eltern.

³ Vgl. zur Verwandtschaft: ANDREAS KLEY, Max Imboden, in: HLS 6, 587, sowie die Biographien von FRIDA geb. KAISER, HLS 6, 586, ADOLF KAISER HLS 7, 37 und SIMON KAISER, HLS 7, 41. Der Urgrossvater von MAX IMBODEN war der Solothurner Oberrichter und Tierarzt NIKOLAUS KAISER, HLS 6, 40. Siehe die Würdigung in der NZZ vom 10. April 1969, Nr. 218, Abendausgabe, S. 17.

1937, worin er den eigenständigen Weg der Schweiz hervorhob und den Unterschied zum zeitgenössischen Europa so umschrieb:

„Wie [die] Herrschaft bis zur Besessenheit gehen kann, zeigt uns das heutige zerrissene Europa. Der Bund hingegen verträgt sich nicht mit einem von aussen aufgedrängten Ziel; er lebt nur in sich selbst und durch sich selbst; er ist die Form einer menschlichen Gemeinschaft, wo jeder das mit sich bringt, was er selbst ist und wo das Ganze in beständigem lebendigen Zusammenwirken aus seinen Teilen hervorgeht. So ist der Staat bei uns niemals etwas Fremdes, das den Einzelnen in Beschlag nimmt und nach seinem Willen zwingt; er lebt von den gleichen Kräften, die wir alle in uns tragen.“⁴

IMBODEN sollte das hier beschriebene republikanische Denken, das mit selbständigen und eigenverantwortlichen Bürgern rechnet, in seinen Überlegungen zur Erneuerung des schweizerischen Staates ab 1959 noch voll entfalten (vgl. Abschnitt II.).

MAX IMBODEN studierte in Genf, Bern und Zürich und dissertierte 1939 bei ZACCARIA GIACOMETTI über *Bundesrecht bricht kantonales Recht*.⁵ 1939–1943 war er Substitut am Bezirksgericht Horgen und konnte 1941 einen eigenen Hausstand gründen. Nach der Stelle in Horgen arbeitete er für seinen Schwiegervater. 1944 habilitierte er sich an der Universität Zürich über den *nichtigen Staatsakt*. Seine Arbeit eröffnete er mit einem Zitat von EDMUND BERNATZIKS Habilitationsschrift⁶, wonach das Thema ein „interessanter wissenschaftlicher Urwald“ sei.⁷ IMBODEN war exakt der Wissenschaftler, der diesen Wald urbar machte. Auf dieser Fähigkeit beruhte IMBODENS späteres wissenschaftliches Verdienst. In seiner Habilitationsschrift kommt das Charakteristische seines Denkens zum Zug. KURT EICHENBERGER umschrieb es in seiner Traueransprache so: „Oft unternahm er es, vom – wie er es nannte – ‚Irregulären‘ her: nämlich vom nichtigen Staatsakt, vom verwaltungsrechtlichen Vertrag, vom Plan, vom Ermessen, das Eigentliche der Verwaltung auszuleuchten, mit ihren Überflutungen der Norm, mit ihren Grenzen und Unfassbarkeiten. Dabei kehrte er immer wieder zum einen Ursprung zurück, von dem er ausgegangen war, zum Gesetz. Eine gereinigte Legalität war für ihn Angelpunkt.“⁸ Es war in dieser Lage nur selbstverständlich, dass IMBODEN für den Ausbau der gerichtlichen Verwaltungsrechtspflege eintreten würde.

⁴ St. Galler Tagblatt vom 31. Juli 1937, Nr. 354, Abendblatt S. 1.

⁵ MAX IMBODEN, *Bundesrecht bricht kantonales Recht*. Ein Beitrag zur Lehre vom Bundesstaat unter Verarbeitung der schweizerischen Staatsrechtspraxis, Diss. Zürich, Aarau 1940.

⁶ EDMUND BERNATZIKS, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Habil. Wien 1886, S. 291.

⁷ MAX IMBODEN, *Der nichtige Staatsakt*. Eine verwaltungsrechtliche Studie, Habil. Zürich 1944, S. 1.

⁸ Ansprache von Prof. Dr. KURT EICHENBERGER, Rektor der Universität Basel, in: Prof. Dr. Max Imboden (Fn. 1), S. 14 ff., S. 15.

IMBODEN folgte insofern JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI⁹ als er etwa hundert Jahre später, von 1946 bis 1953, ebenfalls als Rechtskonsulent der Stadt Zürich arbeitete¹⁰. Daneben unterrichtete er an der Universität Zürich, die ihn 1949 zum ausserordentlichen Professor ernannte. Jedoch wurde IMBODEN 1946 bei der Besetzung von zwei neuen Stellen übergangen; die Zürcher Fakultät zog WERNER KÄGI und HANS NEF vor. 1953 erhielt er den Ruf für ein Ordinariat an der Universität Basel, den er annahm. Später erhielt er mehrere Rufe an ausländische Universitäten, die er alle ablehnte. Die Tätigkeit an einem fremden Ort wertete IMBODEN positiv, er wandte sich dagegen, dass die Fakultäten nur Heimberufungen vornahmen, denn „ein äusserer Wechsel öffnet vielfach die Bahn zu einer freien inneren Entwicklung und zu einem fruchtbaren wissenschaftlichen Arbeiten.“¹¹

Im Folgenden werden wichtige Werke von MAX IMBODEN behandelt; die Darstellung ist indes alles andere als erschöpfend. So hatte er sich intensiv auch mit dem Steuerrecht auseinandergesetzt und war als Wissenschaftspolitiker tätig. Die Schriften zur Wissenschaftspolitik und zum Steuerrecht bleiben im Folgenden ausgeblendet.

II. Erneuerung des Verwaltungsrechts

1944 „rezensierte“ MAX IMBODEN, soeben von der Universität Zürich zum Privatdozenten ernannt, die Verwaltungskurse an der damaligen Handels-Hochschule St. Gallen, die unter der „rührigen Leitung von Prof. HANS NAWIASKY“ sich mit „unbestreitbarem Erfolg um eine Fortbildung der Beamtenschaft“ bemühten.¹² Es sei nicht daran zu zweifeln, „dass auf diesem Wege für die Fortbildung der Beamtenschaft ausserordentlich Wertvolles geleistet werden“¹³ könne. Freilich sei „diese Institution für den schöpferischen Weiterbau des Verwaltungsrechtes und die Fortentwicklung der Verwaltungsrechtswissenschaft doch nur eine Vorstufe.“¹⁴ IMBODEN entwarf sodann ein Konzept für die Entwicklung einer schweizerischen Verwaltungsrechtswissenschaft. Dabei wollte er den schon von EUGEN HUBER umschriebenen Gefahren einer unwissenschaftlichen Praxis und einer unpraktischen Wissenschaft entgegen:

⁹ FERDINAND ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis zum 19. Jahrhundert unter besonderer Berücksichtigung des Privatrechts. Die kantonalen Kodifikationen bis zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1975, S. 383.

¹⁰ Wie BLUNTSCHLI, aber unter völlig andern Prämissen, wandte er die Psychologie im Staatsrecht an, vgl. Ziff. IV. und Fn. 70.

¹¹ MAX IMBODEN, Probleme der schweizerischen juristischen Fakultäten, in: Schweizer Monatshefte 40 (1960/61), S. 336 ff., S. 342.

¹² MAX IMBODEN, Schweizerische Verwaltungsrechtslehre, in: Schweizer Annalen 1 (1944), S. 524. f., S. 524.

¹³ IMBODEN, Verwaltungsrechtslehre (Fn. 12), S. 525.

¹⁴ IMBODEN, Verwaltungsrechtslehre (Fn. 12), S. 525.

„Als erstes wird eine umfassende Bestandesaufnahme erforderlich sein. Das grosse und bisher noch wenig bearbeitete Material aus der Verwaltungspraxis von Bund und Kantonen ist zu ordnen und zu sichten. Sodann sind aus ihm – ähnlich dem wissenschaftlichen Werk Eugen Hubers und ähnlich den auf anderen Rechtsgebieten (z.B. dem schweizerischen Steuerrecht) geleisteten Arbeiten – die von Gesetzgebung und Praxis befolgten Grundsätze herauszulösen. Das führt hin zu den entscheidenden Wertgedanken, die in der schweizerischen Verwaltungsordnung verwirklicht sind. Was der Praktiker ohne genügende Kenntnis aller Zusammenhänge und Gründe aus der Anschauung des konkreten Falles als richtig erkennt, hat die Wissenschaft auf die grossen leitenden Grundgedanken der Rechtsordnung zurückzuführen und an ihnen zu messen. Mit der Herausarbeitung dieser tragenden Rechtsprinzipien werden die Grundsteine für eine praktische schweizerische Verwaltungsrechtswissenschaft und für eine wissenschaftlich orientierte Verwaltungspraxis gelegt sein.“¹⁵

IMBODEN spielte mit dem Hinweis auf das Steuerrecht auf ERNST BLUMENSTEIN an, der erfolgreich das *System des Steuerrechts* entwickelt hatte. Diese Arbeit war auch im Verwaltungsrecht zu leisten; IMBODEN skizzierte damit eine seiner wissenschaftlichen Lebensaufgaben.

1947 hielt der 32-jährige MAX IMBODEN mit HENRI ZWAHLEN das Referat im Rahmen der Jahresversammlung des schweizerischen Juristenvereins: *Erfahrungen auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtsprechung in den Kantonen und im Bund*.¹⁶ Er nahm sich damit eines Themas an, das FRITZ FLEINER glanzvoll begonnen und fundiert hatte, das aber in der politischen Umsetzung scheiterte, da der Bund 1928 keine allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit einrichten wollte.¹⁷ IMBODEN war es ein Anliegen, die Institute des öffentlichen Rechts zu verfeinern und diese einer unabhängigen, d.h. gerichtlichen Pflege zuzuführen.

Der Juristentag von 1950 befasste sich mit den Referaten von HANS NEF und ANDRÉ PANCHAUD erneut mit dem Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit und fasste eine Resolution¹⁸, die auch im Parlament und in verschiedenen Verbänden Widerhall fand.¹⁹ Das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement beauftragte MAX IMBODEN und MARCEL BRIDEL mit Gutachten. IMBODEN regte an, das streitige und nicht streitigeungsverfahren in einem neuen Verwaltungsverfahrensgesetz zu regeln. Er erhielt den Folgeauftrag, „Vorentwürfe im Sinne seines Gutachtens auszuarbeiten; und zwar einerseits einen Vorentwurf für die Revision von Art. 97 ff. des Organisationsgesetzes der Bundesrechtspflege von 1943 (OG) über die Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts, anderseits einen Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, welches das Recht des streitigen [...]“

¹⁵ IMBODEN, Verwaltungsrechtslehre (Fn. 12), S. 525.

¹⁶ ZSR 66 (1947), S. 1a ff. bzw. 95a ff.

¹⁷ Am 1. März 1929 trat das Bundesgesetz über die Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege in Kraft, AS 1928 779.

¹⁸ ZSR 69 (1950), S. 442a f.

¹⁹ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Verwaltungsverfahren (Bundesverwaltungsverfahren) vom 24. September 1965, BBl 1965 II 1348 ff., zur Vorgeschichte S. 1357 f.

und nicht streitigen Verwaltungsverfahren [...] erster Instanz kodifizieren sollte.“²⁰ Die beiden Gesetze entstanden zeitgleich, aber in unterschiedlichen Verfahren. MAX IMBODEN konnte nicht alle seine Vorstellungen durchsetzen, dennoch ist er „Architekt“ des Verwaltungsverfahrensgesetzes und der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes geworden.²¹

Der Entwurf zum Verwaltungsverfahren lag schon 1951/52 vor. Die Departemente nahmen dazu Stellung. Von 1954 bis 1961 hielt IMBODEN unter dem Vorsitz des Vorstehers des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements neun Konferenzen ab, in denen die Vertreter der wichtigsten Rechtsdienste der Bundesverwaltung zu Wort kamen. Ab 1956 nahmen auch zwei Bundesrichter daran teil. Aus diesen Beratungen gingen diverse Vorentwürfe hervor. Schliesslich kam der letzte Entwurf von 1960/61 zustande, der sich mit dem bundesrätlichen Entwurf der Botschaft zum Verwaltungsverfahrensgesetz weitgehend deckte.

Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit erwies sich als komplizierter. 1956 lag IMBODENS Vorentwurf zur Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit vor. Nach einer verwaltungsinternen Vernehmlassung entstand ein überarbeiteter Vorentwurf 1957, wobei die Zuständigkeit des Bundesgerichts lediglich nach dem System der Enumeration und der Teilgeneralklausel festgelegt war. Im Parlament kam es immer wieder zu Anfragen, um diese Vorarbeiten zu beschleunigen. Der Vorsteher des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements lud Vertreter der Verwaltung und des Bundesgerichts in den Jahren 1958 und 1959 zu drei teilweise mehrtägigen Konferenzen, um den Entwurf anzupassen. „Aus diesen mühsamen Beratungen ging ein umgearbeiteter Vorentwurf 1962 hervor.“²² Als dieser in der Vernehmlassung nicht die erwartete Zustimmung erfuhr, setzte der Bundesrat eine unabhängige Expertenkommission unter dem Vorsitz von IMBODEN ein. Unter den acht weiteren Mitgliedern waren die Bundesrichter THEODOR ALBRECHT, ANDRÉ GRISEL und RENÉ HELG, sodann die Professoren MARCEL BRIDEL und LEO SCHÜRMANN sowie kantonale Experten.²³ Die Kommission schlug für die Verwaltungsgerichtsbarkeit die Zuständigkeit des Bundesgerichts nach dem System der Generalklausel vor. Der Widerstand der Verwaltung, mit dem schon FLEINER zu kämpfen hatte, war auch 50 Jahre später enorm. Das Vorhaben sollte mit einer erneuten Vernehmlassung verzögert werden. In der Zwischenzeit kam IMBODEN die Mirage-Affäre zu Hilfe, denn die erheblich erklärte Motion der Untersuchungskommission unter dem Vorsitz von Nationalrat FURGLER verpflichtete den Bundesrat, innert Jahresfrist einen Gesetzesentwurf zur Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit einzufüh-

²⁰ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bunde vom 24. September 1965, BBl 1965 II 1265 ff., S. 1296.

²¹ Vgl. im Einzelnen zu den Vorschlägen IMBODENS: BENJAMIN SCHINDLER, Einleitung, Rz. 6 ff., in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/St. Gallen 2008, S. 1 ff.

²² Botschaft Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 20), S. 1297.

²³ Botschaft Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 20), S. 1297.

ren. So fand „leider“²⁴, wie der Bundesrat schrieb, keine weitere Vernehmlassung mehr statt.

IMBODEN hatte das langwierige Unternehmen während zwei Jahrzehnten begleitet und massgeblich bestimmt. Das Verfahren illustrierte das von FRIEDRICH DÜRRENMATT 1954 verfasste politische Hörspiel und spätere Theaterstück: „Herkules und der Stall des Augias.“²⁵ Im Unterschied zum Theaterstück von DÜRRENMATT war IMBODEN sozusagen ein erfolgreicher Herkules: Der Vorschlag der von IMBODEN präsierten Kommission konnte zusammen mit dem Entwurf für ein Verfahrensgesetz die parlamentarische Beratung erfolgreich durchlaufen. Als Nationalrat in den Jahren 1965-1967²⁶ erlebte er die Debatte teilweise selbst. Bemerkenswerterweise setzte sich IMBODEN in der vorberatenden Kommission ein und empfing dafür den öffentlichen Dank im Ratsplenum, aber er selbst äusserte sich im Plenum kein einziges Mal zu den beiden Gesetzesvorlagen.²⁷ Nach der Schlussabstimmung in den Räten im Dezember 1968 traten beide Gesetze per 1. Oktober 1969 in Kraft.²⁸ IMBODEN hatte also das „rechtspolitische Erbe FRITZ FLEINERS“²⁹ angetreten und – dank günstigen Umständen – zu einem erfolgreichen Ende geführt. Er konnte nicht zuletzt dank seiner Hartnäckigkeit erleben, dass der Bund und etliche Kantone die umfassende Verwaltungsgerichtsbarkeit einführen.

MAX IMBODEN begleitete aber nicht nur als Experte die Einführung einer grundsätzlich umfassenden Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bund; er reflektierte das Verfahren auch wissenschaftlich und verfasste Aufsätze.³⁰ Er befand sich als Autor in FLEINERS Nachfolge. 1960 gelang ihm ein wissenschaftlicher und praktischer Wurf, der seit FLEINERS *Institutionen des Verwaltungsrechts* seinesgleichen suchte. IMBODEN veröffentlichte seine *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*. Er beschritt darin völlig neue Wege, indem er die Materie

²⁴ Botschaft Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 20), S. 1300.

²⁵ FRIEDRICH DÜRRENMATT, Werkausgabe in 37 Bänden, Bd. 8, Zürich 1998: „Bilden wir eine Kommission“ (S. 209); „Bilden wir eine Gegenkommission“ (S. 210); „Bilden wir eine Unterkommission“ (S. 211); „Bilden wir eine Oberkommission“ (S. 211); „Bilden wir eine Oberüberkommission“ (S. 212).

²⁶ IMBODEN konnte an Stelle des zurückgetretenen ALFRED GASSER am 8. Juni 1965 nachrücken (BBl 1965 II 1198); nach Ablauf der Legislatur liess er sich nicht mehr aufstellen.

²⁷ Verfahrensgesetz: Amtl. Bull. 1966 N 621 ff. (S. 622 f. Dank an IMBODEN), 1968 314 ff., 611 ff., 668, 689 (Schlussabstimmung); Verwaltungsgerichtsbarkeit: 1967 22 ff.; 1968 324 ff., 614 ff., 689 (Schlussabstimmung). Der Ständerat beriet die Verwaltungsgerichtsbarkeit 1967 266 ff., 345 ff.; 1968 202 ff., 290 ff., 374 (Schlussabstimmung) und das Verfahrensgesetz 1967 159 ff., 364 ff.; 1968 194 ff, 289 ff., 375 (Schlussabstimmung).

²⁸ AS 1969 737 ff. (Verwaltungsverfahrensgesetz) und AS 1969 767 (Organisation der Bundesrechtspflege, Art. 97 ff.).

²⁹ EICHENBERGER, Ansprache (Fn. 8), S. 15.

³⁰ MAX IMBODEN, Entwicklung und Ausbau des schweizerischen Rechtsstaates, in: ZBl 56 (1955), S. 313 ff.; DERS., Ungenügende Verwaltungsjustiz, in: Schweizer Rundschau 55 (1956), S. 698 ff.; DERS., Ideal und Wirklichkeit der schweizerischen Administrativjustiz, in: SJZ 53 (1957), S. 49 ff.; DERS., Die Verwaltungsrechtsprechung in der Schweiz, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Karlsruhe 1963, S. 307 ff.

nicht in einer Monographie abhandelte, sondern wichtige Urteile und Entscheide der Bundesbehörden (vor allem des Bundesgerichtes) sowie der kantonalen Behörden systematisch gliederte und zu den Urteilen und Entscheiden wiederum systematisch gegliederte Bemerkungen hinzufügte. IMBODENs Bemerkungen bezogen sich auf die verwaltungsrechtliche Doktrin und bildeten „in sich geschlossene kleine Monographien“³¹, wie er im Vorwort schrieb. FLEINER hatte die einzelnen Institutionen des Verwaltungsrechts herausgearbeitet; IMBODEN ging daran, die Institutionen, etwa die Verfügung, das rechtliche Gehör, den verwaltungsrechtlichen Vertrag oder die Konzession, fein auszumodellieren und die Rechtsprechung mit Leitlinien zu begleiten. Ihm lag daran, „das schweizerische Verwaltungsrecht aus den von der Praxis geprägten Rechtsgrundsätzen zu erschliessen“³² ihm „Struktur und normative Kraft zu geben.“³³ IMBODEN kam seine ausgesprochene Begabung als Autor zugute; seine Bemerkungen sind kristallklar und knapp; sie „stellen überall den Einzelfall in den abstrakten Zusammenhang der allgemeinen Rechtsgedanken.“³⁴ Die Kritik an den Behörden war rein auf die Sache bezogen und erschien nicht als negative Kritik: „Kaum angängig ist es [...]“³⁵ „dürfte [...] eine kaum haltbare These sein“³⁶ oder „fragwürdig daher [...]“.³⁷ Der Band eroberte sich sofort einen festen Platz in der Rechtspraxis. Die Rezensenten empfahlen das Werk begeistert;³⁸ der „Imboden“ erfuhr in den vielen Zitaten eine unmissverständliche Ehrung. RICHARD BÄUMLIN hob seine „systematische Unabgeschlossenheit“ hervor, weshalb das Werk „vom Leser selbständiges Weiterdenken“ erheische und „dadurch einen (speziell auch pädagogischen) Wert“ gewinne.³⁹ Der Autor ging rasch daran, die weiteren Entwicklungen nachzutragen, 1962 erschienen ein Ergänzungsband, die 2. Auflage 1964 und dazu ein Ergänzungsheft 1966, die 3. Auflage erstmals auf zwei Bände verteilt erschien 1968/1969 kurz vor seinem Tod. Hier druckte IMBODEN auch das Verwaltungsverfahrensgesetz ab und verwies bei den einzelnen Artikeln auf seine Bemerkungen. Die 4. Auflage kam als unveränderter Nachdruck heraus. 1976 erschien eine von RENÉ RHINOW betreute Überarbeitung der 3. Auflage (Nachdruck 1986 und Ergänzungsband 1990). IMBODEN hatte mit seiner Verwaltungsrechtsprechung eine ungewöhnliche Dynamik entwickelt.

³¹ MAX IMBODEN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 3. Aufl. Basel/Stuttgart 1968/1969, Bd. I S. V.

³² IMBODEN, Vorwort zur 1. Auflage der Verwaltungsrechtsprechung, Basel/Stuttgart 1960, S. 9.

³³ EICHENBERGER, Ansprache (Fn. 8), S. 15.

³⁴ O. K. KAUFMANN, Rezension, in: ZBl 61 (1960), S. 496.

³⁵ IMBODEN, Verwaltungsrechtsprechung 3. Aufl. Bd. I (Fn. 31), S. 37.

³⁶ IMBODEN, Verwaltungsrechtsprechung 3. Aufl. Bd. I (Fn. 31), S. 57.

³⁷ IMBODEN, Verwaltungsrechtsprechung 3. Aufl. Bd. I (Fn. 31), S. 88.

³⁸ KAUFMANN, Rezension (Fn. 34); P. LIVER, in: ZBJV 98 (1962), S. 242 ff. und ZBJV 101 (1965), S. 297 ff.; M. KUHN, in: SJZ 56 (1960), S. 319.

³⁹ RICHARD BÄUMLIN, Zu neuen Lehrbüchern des schweizerischen Bundesstaatsrechts, in: ZSR 86 (1967), S. 375 ff., S. 379 f.

Diese Dynamik befand sich in einem gewissen Gegensatz zum übrigen verwaltungsrechtlichen Schrifttum der Schweiz. Nach dem Ende des Vollmachtenregimes 1952 schien die Lage stabil zu sein, so dass eigentlich gar keine monographische Darstellung nötig war und deshalb auch nichts erschien. Wer rechtsstaatlich dachte, musste freilich feststellen, dass die Schweiz mit den Anforderungen der Zeit nicht Schritt halten konnte. IMBODEN pochte immer wieder darauf, das Verfahrensrecht, den Rechtsschutz und die Geltung des Gesetzmässigkeitsprinzips auszubauen. Er hatte diese Haltung wohl von seinem akademischen Lehrer, ZACCARIA GIACOMETTI, übernommen. Der Zufall und vielleicht auch das Bedürfnis der Zeit wollten es, dass GIACOMETTI zur gleichen Zeit ein umfassendes Werk zum Verwaltungsrecht herausbrachte, nämlich den ersten und einzigen Band seiner *Allgemeinen Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*.⁴⁰ IMBODEN rezensierte das Werk begeistert in der Neuen Zürcher Zeitung,⁴¹ aber GIACOMETTI versperrte ihm die monographische Bearbeitung dieses Stoffs. Wahrscheinlich beschritt IMBODEN gerade deshalb nicht den Weg einer gewöhnlichen Monographie, sondern wählte mit seinem Buch einen Weg, der seinen Lehrer nicht direkt konkurrierte. IMBODEN war, wie O. K. KAUFMANN, der in den USA studiert hatte⁴², auf die amerikanische „case method“ eingeschwenkt. GIACOMETTIS Buch erhielt dennoch eine nur geringe Aufmerksamkeit, ganz im Unterschied zu jener, welche IMBODENS *Verwaltungsrechtsprechung* zuteil wurde. Die Ansätze des Lehrers und seines Schülers waren grundverschieden. GIACOMETTI deduzierte das Verwaltungsrecht aus seiner „aufklärerisch-rousseauischen“⁴³ Staatsauffassung⁴⁴ her, wie MAX IMBODEN in seiner Besprechung deutlich machte: „Man muss die von GIACOMETTI befolgte Methode vor allem als strengste Deduktion kennzeichnen. Am Anfang der weit ausholenden Darstellung stehen Idee und Begriff des Rechtsstaates. Der Rechtsstaat, verstanden als die juristische Seite der freiheitlichen Staatsauffassung, ist die Substanz, aus welcher der Autor die allgemeinen Lehren des Verwaltungsrechtes erschliesst. [...] Die konkreten Forderungen, die der Autor aus dem materiellen Gehalt der den modernen Menschen verpflichtenden Staatsidee gewinnt, bezeugen aufs schönste die Fruchtbarkeit seiner Methode.“⁴⁵ Letztere führte dazu, dass er

⁴⁰ Vgl. ZACCARIA GIACOMETTI, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, Zürich 1960.

⁴¹ MAX IMBODEN, in: NZZ, 23. Dezember 1960, Mittagsausgabe, Blatt 7, Nr. 4596.

⁴² KAUFMANN, Rezension (Fn. 34). LIVER (Fn. 38) hob in seiner ersten Rezension das Vorbild der französischen Literatur hervor.

⁴³ ALFRED KÖLZ, *Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848*, Bern 2004, S. 816.

⁴⁴ Vgl. PIERRE TSCHANNEN, *Wissenschaft vom Verwaltungsrecht: Schweiz*, in: Armin von Bogdandy u.a. (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. III: *Grundlagen staatlichen Verwaltungsrechts – Wissenschaft vom Verwaltungsrecht*, Heidelberg (im Druck), § 67, Rz. 13 meinte, GIACOMETTI leite Verwaltungsrecht aus den Grundrechten ab, was, wie jede Textprobe zeigt, nicht zutrifft.

⁴⁵ MAX IMBODEN, in: NZZ, 23. Dezember 1960, Mittagsausgabe, Blatt 7, Nr. 4596. Die Laudatio seiner Ehrendoktorurkunde der damaligen Handelshochschule St. Gallen hob die „Unbeirrbarkeit, mit der er für die Prinzipien des freiheitlichen Rechtsstaates gekämpft hat“ hervor, vgl. *Hochschulnachrichten* (St Gallen) Nr. 55 (Sommersemester 1962), S. 17.

das Verwaltungsrecht ohne Rücksicht auf die Praxis mit Grundprinzipien überzog. IMBODEN arbeitete genau umgekehrt: Er ging von der Praxis aus, die er systematisch auf allgemeine Prinzipien zurückzuführen suchte. Es konnte nicht erstaunen, dass IMBODEN für die Praxis eine viele grössere Bedeutung erhalten musste.

Neben FRITZ FLEINER prägte MAX IMBODEN das schweizerische Verwaltungsrecht am stärksten. FLEINER schuf zusammen mit deutschen Autoren, namentlich OTTO MAYER, die Grundlagen. IMBODEN verfeinerte nach dem Zweiten Weltkrieg die geschaffenen Institutionen und bildete sie rechtsstaatlich aus. IMBODENS *Verwaltungsrechtsprechung* ist in der schweizerischen Rechtspraxis „bleibend wirksam“ und von überragender Bedeutung.⁴⁶ 1965 schrieb IMBODEN zum Entwicklungsstand: „Gerichte und Verwaltungsbehörden arbeiten in eindrücklicher Weise an der Vertiefung des schweizerischen Verwaltungsrechts. Das Fundament des Rechtsstaates wird mit jedem Jahr fester.“⁴⁷ IMBODEN selbst hatte einen wesentlichen Anteil an dieser besseren Fundierung. Freilich unterlag auch diese herausragende Leistung den Bedingungen, die jede Zeit an die Forscher stellt: Das Vergessen wird umso stärker, je dynamischer sich die Forschung entwickelt. In diesem Sinne ist die Leistung IMBODENS gegenwärtig in den Hintergrund gerückt. Er selbst wusste in seiner bescheidenen Art um diesen Vorgang, wie ein Brief zeigt. 1960 schickte ihm IRENE BLUMENSTEIN⁴⁸, die erste Ordinaria (für Steuerrecht) an einer rechtswissenschaftlichen Fakultät der Schweiz, einen Aufsatz. Er nahm sich Zeit, las ihren Aufsatz und schrieb ihr persönlich zurück⁴⁹:

„Wir ringen vielfach um die Probleme, als ob wir uns zum ersten Male um sie bemühten. Das ist nicht nur eine gewisse Geringschätzung derer, die den Boden vorbereitet haben, auf dem wir stehen. Ich glaube auch, dass diese allzugrosse Befangenheit mit der eigenen momentanen Fragestellung letztlich der Jurisprudenz als Wissenschaft nicht adäquat ist. Die Rechtswissenschaft lebt in der Kontinuität, in der Weitergabe eines gefestigten Besitzes von einer Generation an die andere und im Bewusstsein eines uns alle verpflichtenden Ursprunges.“

III. Publius und die Bundesverfassung – wie sie sein könnte

An einem Seminar im Jahr 1959 erarbeitete IMBODEN zusammen mit seinen Studenten einen Verfassungsentwurf: *Die Bundesverfassung – wie sie sein könnte*. IMBODEN wollte den „Verfassungstext vom immer mehr überrankendem Beiwerk“ säubern „und die grossen

⁴⁶ EICHENBERGER, Ansprache (Fn. 8), S. 15.

⁴⁷ MAX IMBODEN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung. Ergänzungsheft 1 zur zweiten Auflage, Basel 1966, S. 13.

⁴⁸ Vgl. Die Dozenten der Bernischen Hochschule, Bern 1984, Nr. 3. Januar 1971, S. 66; siehe auch die Würdigung in ASA 52 (1983/84), S. 465 ff.

⁴⁹ IRENE BLUMENSTEIN, Prof. Max Imboden und das Archiv für schweizerisches Abgaberecht, in: ASA 37 (1968/69), S. 433 ff., S. 445.

Linien des staatlichen Gefüges wiederum bildhaft werden lassen“. „Als juristische Utopie will er der Wirklichkeit ein lebendiger Spiegel sein.“⁵⁰

Der Verfassungsentwurf sah den Bundesstaat als gegeben an (Art. 1-6). Der Grundrechtskatalog enthielt sozusagen als Überschrift eine allgemeine Freiheitsgarantie (Ingress Art. 8), weshalb die aufgezählten Freiheitsrechte lediglich Beispiele dieser allgemeinen Freiheit darstellen. IMBODEN erwies sich in dieser Hinsicht als ein Schüler von GIACOMETTI, der die allgemeine Freiheitsgarantie immer wieder postuliert hatte.⁵¹ Die Kantone nahmen IMBODENS Wiederaufnahme dieser Idee zur Kenntnis; dies zeigte sich daran, dass die Verfassungsgeber von Nid- und Obwalden (Nidwalden hatte IMBODEN als Experte beigezogen) und des Vereinigten Kantons Basel (IMBODEN war Basler Verfassungsrat) die ausdrückliche Garantie einer allgemeinen Freiheit übernahmen.⁵² Der Bundesrat schloss sich – wohl etwas voreilig – in seiner Botschaft zur EMRK von 1968 der Auffassung GIACOMETTIS und IMBODENS an.⁵³ Letztlich kam es aber nicht zur Umsetzung dieser Idee, weil das Bundesgericht ab 1959 bloss sektorielle neue Freiheitsrechte anerkannte.⁵⁴ Die Rechtsweggarantie

⁵⁰ Enthalten in: MAX IMBODEN, Staat und Recht. Ausgewählte Schriften und Vorträge, Basel/Stuttgart 1971, S. 219 ff., S. 219 f. (beide Zitate). Die nachfolgend zitierten Artikel stammen aus diesem Verfassungsentwurf. Das Bundesamt für Justiz liess sich von IMBODEN anregen und überschrieb seine Modell-Studie vom 30. Oktober 1985: „So könnte eine neue Bundesverfassung aussehen“, vgl. BBl 1985 III 1 ff., S. 189.

⁵¹ Vgl. zuletzt ZACCARIA GIACOMETTI, Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit, in: ZSR 1955, S. 149 ff.

⁵² Die Verfassungsgeber beider Unterwalden hatten indessen – wie andere Kantone zuvor im 19. Jahrhundert – wohl unter dem Einfluss GIACOMETTIS und IMBODENS (vgl. ANDRÉ GRISEL, Droit public non écrit, in: Gedenkschrift für Max Imboden, Basel 1972, S. 139 ff., S. 144 Anm. 26; RENÉ RHINOW, Der Grundrechtskatalog als Problem des Verfassungsrechts, in: ZBl 70 [1969], S. 225 ff., S. 232 Anm. 24, wobei RHINOW GIACOMETTIS These strikt ablehnte) allgemeine Freiheitsgarantien in die erneuerten Verfassungen aufgenommen: Art. 1 Abs. 1 KV NW (SR 131.216.2): „Die Freiheit und die Würde des Menschen sind unverletzlich“, Art. 10 KV OW (SR 131.216.1): „Persönlichkeit, Würde und Freiheit des Menschen sind unverletzlich.“ Und Ingress von Art. 13 KV OW: Es „sind *insbesondere* gewährleistet: [...]“; Verfassung des wiedervereinigten Kantons Basel vom 6. September 1968, Art. 2 Abs. 1: „Gewährleistet sind *insbesondere* [...]“; Text: PETER HÄBERLE, Neuere Verfassungen in der Schweiz, Textanhang, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 34 (1985), S. 522 ff., S. 523.

⁵³ Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 9. Dezember 1968, BBl 1968 II 1057, S. 1076.

⁵⁴ Nämlich 1959 die (1969 in den geschriebenen Verfassungstext als Art. 22^{ter} BV 1874 = Art. 26 BV überführte) Eigentumsгарantie, in: ZBl 1961, S. 69 E. 2, S. 72, mit Verweis auf die nicht veröffentlichten Urteile vom 26. Juni 1959 und 21. Oktober 1959, die ihrerseits auf BGE 35 I 559 verweisen; 1961 die Meinungsäusserungsfreiheit, BGE 87 I 114 E. 2a, S. 117, explizit als ungeschriebenes Verfassungsrecht erstmals in BGE 91 I 480 E. II/1 S. 485 f., heute Art. 16 und 17 BV; 1963 die persönliche Freiheit einschliesslich des Rechts auf Leben, BGE 89 I 92 E. 3, S. 98, heute in den Art. 10, 11, 13 und 31 BV; 1965 die Freiheit zum Gebrauch der Muttersprache, BGE 91 I 480 E. II/1, S. 485 f., heute als Sprachenfreiheit in Art. 18 BV; 1970 die Versammlungsfreiheit, BGE 96 I 219 E. 4, S. 224, heute Art. 22 BV; 1995 das Recht auf Existenzsicherung, BGE 121 I 367 E. 2, S. 370 ff. mit Kommentar von ANDREAS KLEY, in: AJP 1996, S. 756 ff., heute Art. 12 BV.

des Entwurfs bezog sich nur auf das Zivil- und Strafrecht (Art. 9 Abs. 1); im Verwaltungsrecht wurde aber immerhin das rechtliche Gehör stipuliert (Art. 9 Abs. 2). Schliesslich verbot der Entwurf auch „rückwirkende Gesetze, die den einzelnen belasten“ (Art. 9 Abs. 3). Der Grundrechtskatalog wies auch die politischen Pflichten (Militär- und Zivildienst, Stimmpflicht und Nebenämterpflicht) aus; Jahrzehnte später haben die kantonalen Verfassungsgeber und die neue Bundesverfassung (Art. 6 BV) diese Pflichten ebenfalls hervorgehoben.⁵⁵

Der Entwurf wies die Bundeskompetenzen differenziert aus, nämlich nach Kompetenzen mit ursprünglich und nachträglich derogatorischer Wirkung (Art. 17 und 18). Sodann bildete die Rahmengesetzgebungskompetenz eine eigene Kategorie (Art. 20). Selbstverständlich enthielt der Entwurf auch „Wirtschaftsartikel“, da die entsprechenden Interventionen politisch unumgänglich geworden sind (Art. 19, 23 ff.).

IMBODEN übernahm die Behördenorganisation des Bundes, die beiden Räte, den Bundesrat sowie das Bundesgericht. Diese waren ähnlich geordnet wie in der geltenden Verfassung von 1874. IMBODEN brachte aber punktuelle Korrekturen an; so führte er das Öffentlichkeitsprinzip in allen drei Bundesorganen ein (Art. 30). Zur Hebung der Rechtsstaatlichkeit bestand zusätzlich eine gemeinsame Kommission beider Räte, der Rechtsausschuss (Art. 41 Abs. 1 und Art. 56 Abs. 1), und er gab dem Bundesrat einen Justizkanzler bei (Art. 47 Abs. 3). IMBODEN hing freilich einer umfassenden Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit an. Deshalb betraute der Verfassungsentwurf das Bundesgericht mit der Verwaltungsgerichtsbarkeit nach dem System der Generalklausel (Art. 51 Ziff. 5). Sodann waltete ein Ausschuss des Bundesgerichts als Verfassungsgericht. Dieses war nicht nur für die herkömmlichen Materien zuständig, sondern auch für eidgenössische Staatsverträge und Bundesgesetze sowie für alle Streitsachen bei der Ausübung der politischen Rechte, inklusive die Volksinitiativen und Referendumsbegehren (Art. 52 Abs. 2).

Bei den politischen Rechten bestand zunächst das Frauenstimmrecht (Art. 10 Abs. 1), zusätzlich die Gesetzesinitiative in der Form der allgemeinen Anregung, die von 50'000 Bürgern eingereicht werden konnte (Art. 44 Abs. 1 Bst. d). Funktionell übernahm diese Gesetzesinitiative die damalige und heutige Verfassungsinitiative in Form der allgemeinen Anregung. Die Verfassungsinitiative auf Teilrevision hatte sich den Bestimmungen über die Gesetzesinitiative zu fügen (Art. 58 Abs. 3), d.h. sie konnte gemäss Entwurf nur noch als allgemeine Anregung, nicht aber als ausgearbeiteter Entwurf eingereicht werden. Das doppelte Ja war im Falle eines Gegenvorschlags ebenfalls zulässig (Art. 55 Abs. 3). Zum Schutz des Initiativrechts war das Verfassungsgericht eingeschaltet: Eine Initiative konnte nur durch dieses ungültig erklärt werden und jeder Initiant konnte Beschwerde führen,

⁵⁵ ANDREAS KLEY, Grundpflichten Privater im schweizerischen Verfassungsrecht, Diss. St. Gallen 1989, S. 14.

„wenn bei Behandlung einer Gesetzesinitiative die Rechte der Initianten“ verletzt werden sollten.⁵⁶

Bei den Revisionsbestimmungen war in Bezug auf die „freiheitliche, die demokratische und die bundesstaatliche Form der Eidgenossenschaft“ eine Ewigkeitsgarantie vorgesehen. Ferner mussten neue Verfassungsbestimmungen wesentlich sein, sie durften sich nur „auf die Grundordnung der Eidgenossenschaft beziehen“ (Art. 57 Abs. 2 und 3).

Der Verfassungsentwurf war ausgesprochen realitätsnah und keine Utopie; Neuerungen waren nur so weit vorgesehen, als sie für die Aufrechterhaltung der klaren Verfassungsstruktur notwendig waren. Zu diesem Zweck beschnitten IMBODEN und seine Studenten die direktdemokratischen Rechte, kompensierten dies aber damit, dass sie die Bundesversammlung einer umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit unterwarfen.

MAX IMBODEN schrieb zwischen dem 15. Mai 1960 und dem 16. Juni 1961 unter dem Pseudonym „Publius“ in der National-Zeitung eine Kolumne, die aktuelle politische und staatsrechtliche Fragen erörterte. Er nahm damit eine Textart wieder auf, die er schon als junger Student der Rechtswissenschaft ab 1935 gepflegt hatte.⁵⁷ Im ersten Beitrag („Splitter“, wie er schrieb) begründete(n) „der oder die Verfasser“ die Wahl des Pseudonyms:

„Aus Sorge um das köstliche Gut der Verfassung werden jene ‚Splitter‘ geschrieben [...]. Wenn sich der oder die Verfasser hinter dem Namen „Publius“ stellen, dann soll damit eine geschichtliche Erinnerung heraufbeschworen sein. Als die älteste der heute noch geltenden Verfassungen – das 1787 im Konvent von Philadelphia ausgearbeitete Grundgesetz der Nordamerikanischen Union – im Kampf um seine Ratifikation gefährdet schien, sind drei grosse amerikanische Staatsmänner unter diesem Namen erfolgreich für das grosse Werk eingetreten. Diesem hohen Vorbild fühlt sich der Schreiber an seinem bescheidenen Orte zutiefst verpflichtet.“⁵⁸

IMBODEN gab gleich zu, dass es sich im Unterschied zu den drei Publius-Autoren HAMILTON, MADISON und JAY nur um „einen“ Schreiber handelte. Sein Anliegen war die normative Stärkung der Verfassung; dieses Anliegen sollte nach IMBODEN nicht nur die Aufgabe der Juristen, sondern des ganzen Volkes sein. Schon der erste Beitrag kündigte an, dass es ihm

⁵⁶ Der Verfassungsgeber hat diese Idee später kurzzeitig verwirklicht: Die von 2003 bis 2009 bestehende allgemeine Volksinitiative, die nicht umgesetzt werden konnte und deshalb vom Verfassungsgeber wieder aufgehoben wurde, sah in Art. 189 Abs. 1^{bis} BV vor, dass das Bundesgericht „Beschwerden wegen Missachtung von Inhalt und Zweck einer allgemeinen Volksinitiative durch die Bundesversammlung“ beurteilt, vgl. AS 2003 1949.

⁵⁷ Vgl. z.B. MAX IMBODEN, Unser Weg, in: Die junge Generation vom 15. März 1936, vgl. die weiteren Nachweise in: Gedenkschrift (Fn. 52), S. 402 f.

⁵⁸ MAX IMBODEN, in: National-Zeitung vom 15. Mai 1960 (Nr. 1). Die einzelnen „Splitter“ (vollständiges Verzeichnis in Gedenkschrift, Fn. 52, S. 405 f.) sind im Original nicht nummeriert, die Nummern stammen vom Verfasser dieses Beitrages.

darum ging, der Verfassung wieder ihren hohen Wert zurückzugeben, den sie in der Zwischenkriegszeit verloren hatte.

IMBODEN setzte der Sache nach zu einer Kommentierung seines und seiner Studenten Verfassungsentwurfs an. Dabei lieferte ihm der politische Alltag die entsprechenden Stichwörter. Im Folgenden sollen beispielhaft einige „Splitter“ hervorgehoben werden. Als der Bundesrat im Entwurf zum Geschäftsverkehrsgesetz die von IMBODEN in seinem Verfassungsentwurf vorgeschlagene Verfassungsdelegation (Art. 41) übernahm,⁵⁹ kritisierte IMBODEN, dass die „Angst vor dem Richter“⁶⁰ die notwendige Ergänzung dieser Verfassungsdelegation verhinderte: Der nötige Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit sei nicht vorgesehen. Ferner kritisierte er den im selben Gesetzesentwurf vorgesehenen „Beschluss der Bundesversammlung“⁶¹, da dieser das Referendum umgehe und man zu einem Rechtszustand zurückkehren könnte, „der mit demjenigen der Vollmachtenzeit Verwandtschaft hat!“⁶² IMBODENS Kritik fruchtete nichts, dieser Vorschlag wurde in abgewandelter Form Gesetz. In manchen „Splintern“ zeigte sich IMBODEN über die Stimmabstinenz bekümmert⁶³ und er schlug zur Lösung dieses Problems die Vertiefung des Bürgersinns, die Verbreiterung der Demokratie durch das Frauenstimmrecht sowie die Förderung der demokratischen Selbstdisziplin, etwa durch Mindestquoten der Stimmbeteiligung, vor.⁶⁴ Hinsichtlich der Staatsgesinnung war ihm die Europafrage ein Anliegen und für ihn konnte nur die Losung „Europa und die Schweiz gelten.“⁶⁵ IMBODEN war daher sicher kein Anhänger der hermetischen Abgrenzung von Europa.

Selbstverständlich behandelte IMBODEN auch Tagesfragen – die freilich stets zu grundsätzlichen Erörterungen führen – wie etwa die Beschränkung des Grundstücksverkaufs an Ausländer.⁶⁶ Es finden sich in seinen „Splintern“ auch kreative Ideen, die im Verfassungs-

⁵⁹ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über ein neues Geschäftsverkehrsgesetz vom 25. April 1960, BBl 1960 I 1449, S. 1496 ff.: Es ging um die Schaffung einer Delegation des Parlaments, die (im Unterschied zu einer Parlamentskommission) rein konsultativ und ohne Antragsrecht über verfassungsrechtliche Fragen, die ihr unterbreitet werden, Gutachten erstattet; dies im Unterschied zu einem ausserparlamentarischen, also gerichtlichen Organ, das über die Verfassungsmässigkeit von Gesetzen zu befinden hätte.

⁶⁰ MAX IMBODEN, in: National-Zeitung, 29. Mai 1960 (Nr. 3).

⁶¹ Art. 10 des Entwurfs Geschäftsverkehrsgesetz, BBl 1960 I 1449 ff., S. 1513.

⁶² MAX IMBODEN, in: National-Zeitung, 7. August 1960 (Nr. 9).

⁶³ MAX IMBODEN, in: National-Zeitung, 17. Juni 1960 (Nr. 5), 5. Februar 1961 (Nr. 22), 19. Februar 1961 (Nr. 23).

⁶⁴ MAX IMBODEN, in: National-Zeitung, 14. Juli 1960 (Nr. 6), 22. Juli 1960 (Nr. 7), 31. Juli 1960 (Nr. 8), ferner 25. August 1960 (Nr. 11).

⁶⁵ MAX IMBODEN, in: National-Zeitung, 25. August 1960 (Nr. 11) über die Bedeutung des 1. August und die Europa-Frage.

⁶⁶ So etwa der Basler Verfassungsrat: MAX IMBODEN, in: National-Zeitung, 4. September 1960 (Nr. 12) und 27. November 1960 (Nr. 18) betreffend die vorgesehene Rückwirkung des betreffenden Bundesbeschlusses über den Grundstückerwerb durch Personen im Ausland (Botschaft vom 15. November 1960, BBl

entwurf noch fehlten. So wollte er die bundesrätlichen Botschaften aufwerten. Die vielen hundert Druckseiten bundesrätlicher Botschaften seien in Wirklichkeit „nichts anderes als sachkundige Berichte der Verwaltung.“⁶⁷ Deshalb fragte IMBODEN:

„Wäre es nicht an der Zeit, die äussere Fassade der Wirklichkeit anzupassen? Das würde heissen, dass das viele Geschriebene auch nach aussen als Bericht der Verwaltung in Erscheinung treten sollte. Und das, was der Bundesrat wirklich zur Sache zu sagen hat, das könnte er als Botschaft im wahren Sinn dem von der Verwaltung verfassten Begleitbericht voranstellen. Darin wäre in knappen und klaren Worten zu sagen, welche Meinung sich das Regierungskollegium in eigener Entscheidung erarbeitet hat. Dann wären keine Zweifel mehr möglich, welchen Kurs der Bundesrat steuert.“

Publius' „Splitter“ sind noch heute aktuell – und zwar mehr denn je. Die Frage, wie der Bundesrat organisiert sein muss, dass er effizient arbeiten kann, ist bis in die Gegenwart ungelöst geblieben. Im Zitat wies IMBODEN dem Bundesrat immerhin eine grössere Führungsrolle zu. Der letzte „Splitter“ kritisiert die vorgesehene Entschädigung von Rebauern, deren rechtswidrig gepflanzte Reben die Behörden beseitigt hatten. Er stellte die Frage, ob es Schadensersatz bei rechtmässigem Staatshandeln geben könne. Sein Verfassungsentwurf verneinte die Frage klar (Art. 31) und IMBODEN blieb auch in der letzten Kolumne bei dieser Meinung.

Nach 25 Beiträgen verstummte Publius. Vielleicht drängten andere Aufgaben vor oder vielleicht resignierte der Verfasser, weil sich damit nichts bewegen liess. Hatten doch Bundesrat und Bundesversammlung kurz zuvor (1959) die Standesinitiative des Kantons Basel zur Durchführung einer Totalrevision der Bundesverfassung abgelehnt, „weil der Zeitpunkt für die Durchführung der Totalrevision der Bundesverfassung noch nicht gekommen ist.“⁶⁸ Der Zeitpunkt sollte indessen rascher kommen, als dem Bundesrat lieb sein konnte. 1964 veröffentlichte MAX IMBODEN im Gefolge der Mirage-Affäre das packend geschriebene Büchlein *Helvetisches Malaise*. IMBODEN analysierte in knappen und schlagenden Sätzen die politische Situation und empfahl zur Heilung vom Malaise eine Totalrevision der Bundesverfassung. Die Schrift gab dieser Epoche den Namen⁶⁹ und löste die

1960 II 1261, S. 1287), ferner zum selben Beschluss in: National-Zeitung, 13. Dezember 1960 (Nr. 20) und 11. Dezember 1960 (Nr. 19) oder betreffend Rechtsschutz des Wehrmannes in: National-Zeitung, 7. September 1960 (Nr. 13).

⁶⁷ MAX IMBODEN, in: National-Zeitung, 25. September 1960 (Nr. 14); auch das nachstehende Zitat ist Nr. 14 entnommen.

⁶⁸ Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Initiativbegehren des Kantons Basel-Stadt betreffend die Totalrevision der Bundesverfassung vom 27. November 1959, BBl 1959 II 1294, S. 1324.

⁶⁹ Es erschienen in der Presse zahlreiche Artikel zu diesem Thema; IMBODEN hatte den Ausdruck „Malaise“ lanciert und er traf damit exakt das politische Empfinden seiner Zeitgenossen, vgl. z.B. PIERRE BARRAS, *Du malaise helvétique au gouvernement d'assemblée*, in: Civitas 20 (1965), Heft 11/12, S. 686 ff. oder den Bericht in der Gazette de Lausanne vom 22. Juli 1965, Nr. 168, S. 1.

schliesslich 1999 erfolgreichen Bemühungen betreffend die Totalrevision der Bundesverfassung aus. Manche Postulate IMBODENS sind in der neuen Bundesverfassung von 1999 Realität geworden. Andere von ihm vorgetragene Ideen, wie die Verfassungsgerichtsbarkeit, die Klärung der Europafrage, die Reform der direktdemokratischen Rechte sowie die Regierungsreform harren indes der Verwirklichung. IMBODENS Verfassungsentwurf bleibt in Teilen eine noch zu realisierende Utopie.

IV. C. G. Jung im Staatsrecht

Die psychologischen Grundlagen des öffentlichen Rechts waren verschiedentlich Gegenstand von Betrachtungen. BLUNTSCHLI erhielt 1844 für sein Buch *Psychologische Studien über Staat und Kirche*⁷⁰ zwar keinen Beifall. Er identifizierte darin den Staat mit dem Menschen und versuchte, psychologische Erkenntnisse über den Menschen auf den Staat zu übertragen. BLUNTSCHLI stellte auch die bekannte These auf: „Staat und Kirche bilden beide den Organismus der Menschheit nach, aber wiederum in verschiedener Art und Richtung; der Staat die Mannheit die Kirche die Weibheit.“⁷¹ BLUNTSCHLI hatte das Werk in einer frommen Anwandlung geschrieben. Die Idee von Mannheit und Weibheit steigerte er am Ende des Kapitels:

„In diesem Weltalter wird der Mensch Mensch werden, ganz und gar. In diesem Weltalter wird der männliche Staat zu vollem Dasein gelangen, sich und die Kirche erkennen. Dann werden sich die beiden großen Mächte der Menschheit, Staat und Kirche, verstehen und lieben, und die erhabene Ehe beider wird vollzogen werden. Die Einheit des Menschengeschlechts wird in dieser verbundenen Zweiheit offenbar werden. Amen.“⁷²

Die Idee erschien den Zeitgenossen BLUNTSCHLIS absonderlich; der Autor gab sich der Lächerlichkeit preis. Das Thema Psychologie und Staatsrecht barg Risiken. 1935 beschäftigte sich DIETRICH SCHINDLER mit dem Zusammenhang von menschlicher Psyche und dem Staat.⁷³ Nach dem Zweiten Weltkrieg erlangte C. G. JUNG allgemeine Bedeutung; es lag im Zug dieser Zeit, dass sich auch Juristen seiner annahmen.

⁷⁰ JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI, *Psychologische Studien über Staat und Kirche*, Zürich/Frauenfeld 1844.

⁷¹ BLUNTSCHLI, *Psychologische Studien* (Fn. 70), S. 39; vgl. DIETRICH SCHINDLER jun., *Die Staatslehre in der Schweiz*, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 25 (1976), S. 255 ff., S. 274.

⁷² BLUNTSCHLI, *Psychologische Studien* (Fn. 70), S. 87.

⁷³ Vgl. SCHINDLER jun., *Staatslehre* (Fn. 71), S. 274; vgl. z.B. DIETRICH SCHINDLER, *Staat und Gegenwart als Ausdrucksform der menschlichen Psyche*, in: DERS., *Recht, Staat, Völkergemeinschaft. Ausgewählte Schriften und Fragmente aus dem Nachlass*, Zürich 1948, S. 177 ff.

1959 veröffentlichte IMBODEN *Die Staatsformen. Versuch einer psychologischen Deutung staatsrechtlicher Dogmen*.⁷⁴ Mit seiner „unorthodoxen Betrachtungsweise“ wollte IMBODEN die Staatslehre erweitern und die unnötigen Fesseln des 19. Jahrhunderts, also den Positivismus, abstreifen helfen. Denn damit werde das wiederhergestellt, „was dem früheren Menschen selbstverständlich war; (diese Entwicklung) öffnet den Weg zur Wiedergewinnung eines wahrhaften Humanismus.“⁷⁵

Die Ausgangsthese von IMBODEN sieht die Staatsstruktur als einen Spiegel der Psyche des Menschen. Das sei schon der Ausgangspunkt von MONTESQUIEU gewesen. Im „Federalist, der der grossartigsten aller jemals vom modernen Menschen bewusst vollzogenen Staats-schöpfungen gewidmet“ sei, stelle „Alexander Hamilton die Frage: ‚But what is government itself, but the greatest of all reflections on human nature?‘“⁷⁶

IMBODEN vermutete, dass auch DIETRICH SCHINDLER in seinem *Verfassungsrecht und soziale Struktur* von C. G. JUNG angeregt worden sei, und unternahm es in der Folge, die Parallelitäten zwischen Psyche und staatlichen Institutionen darzulegen. Die Auseinandersetzung mit C. G. JUNG lag nahe, weil die Psychologie C. G. JUNGs in den 1950er Jahren einen starken Aufschwung nahm. Im Folgenden seien Beispiele seiner psychologisch-staatsrechtlichen Gedanken wiedergegeben.

IMBODEN verstand die Staatsformen als kollektives Bewusstsein, die eine ideelle Verbindung zwischen Volk und Regierung schufen. Je nach Staatsform erreichte dieses Bewusstsein eine andere Stufe. Die Vorstellung der Repräsentation, sowohl im Falle der Alleinherrschaft als auch der parlamentarischen Demokratie, beruhten psychologisch auf Übertragung. Herrscher und Beherrschte seien durch Übertragung miteinander verknüpft. Kollektive Vorstellungsinhalte würden im Staat und in seinen Repräsentanten (Alleinherrscher, Parlament usw.) symbolhaft verkörpert, wobei der Einzelne in seiner personenhaften Entfaltung darauf fixiert und eingeschränkt werde. HOBBS' Leviathan sei nichts anderes als eine alte Versinnbildlichung der menschlichen Psyche.⁷⁷

Das dreifache Gewaltenteilungsdogma könne durchaus als säkularisierte Trinität verstanden werden, wie das auch HANS MARTI⁷⁸ in seiner parallelen Studie gekennzeichnet habe.⁷⁹

⁷⁴ MAX IMBODEN, *Politische Systeme – Staatsformen. Versuch einer psychologischen Deutung staatsrechtlicher Dogmen*, Neudruck in einem Band, Basel/Stuttgart 1964, S. 133 ff.

⁷⁵ IMBODEN, *Staatsformen* (Fn. 74), S. 137.

⁷⁶ IMBODEN, *Staatsformen* (Fn. 74), S. 142.

⁷⁷ IMBODEN, *Staatsformen* (Fn. 74), S. 151 ff.

⁷⁸ HANS MARTI, *Urbild und Verfassung*, Bern 1958. IMBODEN hatte schon am 30. November 1957 vor dem Psychologischen Club Zürich einen Vortrag „Zur Symbolik der Staatsstruktur“ gehalten, wie er S. 223 Anm. 13 hervorhob. Damit machte er deutlich, dass seine Idee unabhängig von MARTI war. Das trifft zu, zumal JUNG und IMBODEN eine Korrespondenz über den Inhalt des Buches führten.

⁷⁹ IMBODEN, *Staatsformen* (Fn. 74), S. 144 und S. 175.

Das Trinitätsdenken sei im Abendland während Jahrtausenden anwesend gewesen und sei während des 18. Jahrhunderts wieder in die Staatslehre eingedrungen.⁸⁰ Übrigens hatte schon JAKOB DUBS 1868 die Parallelität von Trinitätslehre und Gewaltenteilung gesehen.⁸¹

In den geschlossenen Gemeinschaften stehe der Einzelne zwar in Harmonie mit dem Sozialkörper, aber dieses Phänomen werde von der gruppenexternen Projektion begleitet. Die individuellen Vorstellungen, die den einzelnen in Gegensatz zu den Mitmenschen und den Zielen der Gruppe bringen könnten, würden zunächst im Unbewussten zurückgehalten und dann nach aussen auf Gegengruppen übertragen: „Was als unerlaubte Vorstellung im eigenen Kollektiv keinen Platz findet, wird mit negativer Wertung auf andere soziale Einheiten übertragen.“⁸² Das Fremde werde zum Inbegriff des Bösen.

IMBODEN sah in der pluralistischen Grossflächendemokratie der amerikanischen Union die Möglichkeit, dass diese Mechanismen institutionell unterbunden werden. Beständen in einer grossen Demokratie zahlreiche und nicht bloss wenige Gruppenpartikularismen, so durchdringen sie sich gegenseitig und erzeugten damit eine offene Gesellschaft. Dass eine einzige Gruppe die Macht ergreife und die konkurrierenden Gruppen unterdrücke, erscheint in dieser Anordnung unmöglich. IMBODEN entwickelte einen ungemein anregenden Zugang zur Staatsformenlehre. Die Rezensenten haben den mehrdimensionalen und geistreichen Ansatz lobend hervorgehoben;⁸³ das Buch erschien 1964 erneut.

Die kreative Übernahme der psychologischen Ideen von C. G. JUNG machte deutlich, dass MAX IMBODEN sich in seinem Denken nicht mit der Rechtswissenschaft begnügte. Die Anregung durch JUNG lag nahe, denn die Familien IMBODEN und JUNG waren miteinander befreundet. Der Wahlspruch von C. G. JUNG, der über der Eingangstüre seines Hauses in Küsnacht angebracht war, lautete: „Vocatus atque non vocatus – deus aderit“ (Gerufen oder nicht gerufen – Gott wird bei Dir sein). Das Orakel von Delphi hatte ihn als Auskunft gegeben. MAX IMBODEN hatte sich diesen Satz auf seinem Grabstein in Bergün, in der Nähe seines geliebten Ferienortes Preda, gewünscht.

⁸⁰ IMBODEN, Staatsformen (Fn. 74), S. 168 ff.

⁸¹ JAKOB DUBS, Die schweizerische Demokratie in ihrer Fortentwicklung, Zürich 1868, S. 52.

⁸² IMBODEN, Staatsformen (Fn. 74), S. 192.

⁸³ BERNHARD SCHAUB in: SJZ 55 (1959), S. 319 f.; HANS HUBER, in: ZBJV 95 (1959), S. 459 ff.; HUBER rezensierte auch MARTI, Urbild (Anm. 19), vgl. ZBJV 95 (1959), S. 119.